ml 3 22



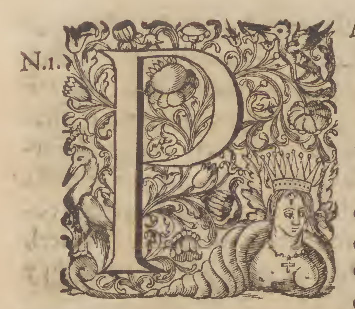
POR IVAN GARCIA DE RIBERA Y

ſus hijos, vezinos de la ciudad de Vbeda. En el pleyto

CONTRA

Don Manuel de la Cueua vezino de la dicha ciudad.

Impreſſo en Granada, En caſa de Blas Martinez, mercader de libros. Año de 1635.

N.1. 

ARA Inteligencia deste pleyto presupógo, que Iuan de Gerica tuuo a su cargo la administració de los bienes de don Iuan de la Cueua, padre de el dicho don Manuel, y en las cuentas que se le tomaron de la dicha administracion, fue alcançado en quatro quentos quarenta y siete mil y tantos marauedis, y por este alcance fue preso, y entregado al Alcayde de la carcel, que entonces era Andres Garcia de Ribera, padre del dicho Iuan Garcia de Ribera, y este entrego se hizo por Abril del año passado de 595.

2 ¶ Lo segundo se presupone, que por Setiembre del año siguiente de 596. el dicho don Manuel de la Cueua se querellò criminalmente ante los Alcaldes desta Corte del dicho Iuan de Gerica, diziendo, que en las cuentas que se le auian tomado auia dado por no redimidos ciertos censos, y q̃ despues auia parecido, que el dicho Iuan de Gerica auia recibido el principal dellos, y otorgado escrituras de redencion, y que este auia sido vn graue delito de embuste y fraude, porque deuia ser castigado: pidio fuesse preso, y traydo a la carcel desta Corte, sin hazer menció que estaua preso en la ciudad de Vbeda por el dicho alcance, y fue mandado traer a la carcel della, y le truxo Pedro de Barrientos alguazil, el qual dexò recibo al Alcayde del dicho preso: y auiendose traydo, parece fue remitido a la carcel de la ciudad de Vbeda, conque se presentasse en ella debaxo de fianças dentro de seys dias: y en cumplimiento del dicho auto se presentò, y entregò al Alcayde por la causa pendiente ante los Alcaldes desta Corte.

3 ¶ Parece, que año de 600. fue suelto de la carcel de consentimiento de Andres Garcia, y dio

fia-

fiadores de carcel ſegura en fauor del. Deſpues parece,que por el año de 610. muerto ya el dicho Iuã de Gerica,por parte de don Manuel de la Cueua ſe pidio mandamiento de execucion contra los fiadores que dio el dicho Iuã de Gerica de preſentarſe en la carcel de la ciudad de Vbeda por la cauſa porque fue mãdado remitir por los Alcaldes,y cõtra Andres Garcia de Ribera Alcayde de la carcel, en caſo que no eſtuuieſſe preſo por los 4.qs.48U.y tantos marauedis.

4 ¶ El Alcayde de la carcel ſe defendio,diziẽdo,que no ſe le auia entregado por preſo el dicho Iuan de Gerica, y que auia muerto muchos años auia,y eſtaua tan pobre y neceſsitado, que no tenia conque ſuſtentarſe,y ſe ſuſtentaua de la limoſna,y eſcriuia hojas a quarto de las eſcrituras que los eſcriuanos le dauan, y aſsi no ſe auia hecho la deuda de la parte contraria de peor condicion. Y auiendoſe mandado dar mandamiento de execucion por ſentencias de viſta y reuiſta contra el Alcayde,y requerida la juſticia con la carta executoria,ſe opuſo como tercero a eſte pleyto Iuan Garcia de Ribera hijo de Andres Garcia de Ribera,pretendiendo ſe auia de dar por ninguna la execuciõ, por ſer tercero poſſeedor con titulo y buena fè del oficio,por la donacion que le auia hecho ſu padre de quatro mil ducados: y aſsimiſmo auia de ſer preferida doña Maria de Queſada muger de el dicho Iuan Garcia de Ribera,pretendiendo, que era anterior al encargamiento del preſo el alcance que le auia hecho del tiẽpo que auia ſido ſu tutor. Y auiẽdo auido ſentencia del Alcalde mayor, en que mãdò hazer remate de los bienes, y pagò en primero lugar al dicho Iuan Garcia de Ribera de los quatro mil ducados de la donacion que ſu padre le hizo. Y en ſegundo lugar a doña Maria de Queſada del alcance de ſu tutela,y que en los bienes que quedaſſen ſe hizieſſe pago a don Manuel.

5 ¶ Auiendoſe apelado por las partes de eſta ſentencia,por ſentencias de viſta y reuiſta ſe cõfir-

mò,

mò, excepto en quanto por ella se mandò hazer remate en el oficio de Alcayde de la carcel, y los demas bienes de la donacion, y se mandaron boluer y restituyr al dicho Iuan Garcia de Ribera y su muger, y se reseruò su derecho a saluo al dicho don Manuel, para que en quanto a los bienes y prelacion dellos pidiesse su justicia como le conuiniesse.

6 ¶ Esto supuesto, el pleyto que oy se sigue es vna accion hipotecaria que ha intentado don Manuel contra los bienes que donó Andres Garcia de Ribera a Iuan Garcia de Ribera su hijo, pretendiendo, que es anterior su obligacion, y que assi ha de ser preferido.

7 ¶ Breuemente en tres puntos, o articulos se diuidira esta informacion. En el primero se tratará, que todas las excepciones que competian a Andres Garcia de Ribera competen oy a Iuā Garcia de Ribera su hijo, y que respeto de la inopia y pobreza en que estaua constituydo Iuan de Gerica, no se le siguieron interesses algunos, por auer muerto fuera de la carcel, y assi no ay obligaciō de pagarle el alcance.

8 ¶ En el segundo se tratará, que la donacion y alcance de tutela que hizieron Iuā Garcia de Ribera, y doña Maria de Quesada su muger a Andres Garcia de Ribera es anterior a la obligacion del dicho don Manuel, y que no se puede retrotraer al tiempo que entrò a ser Alcayde el dicho Andres Garcia de Ribera.

9 ¶ En el tercero y vltimo se tratarà, que no está hecha legitima escusion en los bienes de los fiadores, assi del Alcayde, como de los fiadores de carcel segura, y que assi no puede intentar la hipotecaria contra los terceros.

ARTICVLO I.

10 ¶ En este articulo nos resta fundar, que todas las excepciones que competē a Andres Garcia

de Ribera le competen a Iuan Garcia de Ribera, y doña Maria de Quesada y sus hijos, respeto de ser terceros posseedores, y auer sucedido en los derechos del dicho Andres Garcia, y assi todo aquello que omitió en su defensa lo pueden alegar: argumento text. in l. qui in ius, l. aliud, §. fin. ff. de reg. iur. l. qui in ius, eodem titu. lib. 6. conducunt text. in c. quia. 5. de iudicijs, c. sæpe, de restitut. spoliat. l. quãquam, §. Iulian. ff. de aqua pluuia arcenda, l. si mater, §. si egero, ff. de except. rei iudicat. l. 3. §. si quis ab authore, ff. de itinere actuque priuat. l. itẽ apud Celsum, §. si quis autem, & §. de authoris dolo, ff. de doli except. tradunt Angel. cõs. 259. Paul. de Castr. cons. 270. col. 4. volum. 2. & eleganter Parlad. lib. 2. rer. quotid. cap. fin. §. 11. num. 59. ibi: *Vtetur igitur iste tertius omnibus exceptionibus, quæ vel ex sua persona, vel alia quam debitoris sibi possunt competere, & hoc casu vera est, quidem illa communis interpretum sententia, verum ex persona debitoris, non alijs vtique poterit, vti quam illas quas, lex illa Enricia comprehẽdit, quibus debitor ipse principalis vti poterat.*

11 ¶ Supuesta esta dotrina, la pretension de Iuan Garcia de Ribera y sus hijos es, que el Alcayde no puede ser conuenido por el alcance de los quatro quentos en que fue alcançado en la tutela, sino solo por la causa criminal porq̃ fue preso por los Alcaldes desta Corte: porque como dexamos referido en el principio del hecho, el dicho Iuan de Gerica fue traydo a la carcel desta Corte por Pedro de Barrientos alguazil, y despues fue mandado soltar con fianças de presentarse, y en virtud de el dicho auto y de las fianças fue suelto de la prisiõ, y se fue a presentar a la carcel de la dicha ciudad de Vbeda, para cuyo efeto lleuó vn escriuano, y se presentò ante el Alcayde della; y la causa y razon que dio fue dezir, que el auia sido mandado prender por los Alcaldes desta Corte por querella criminal que del auia dado don Manuel de la Cueua, y que lo auian mandado remitir cõ el processo de su causa a la justicia de la dicha ciudad, y que auia sido

man-

mandado soltar de la prision, conque se presentasse en la dicha carcel dentro de seys dias, y dixesse la causa de su prision, que en cumplimiento del dicho auto se presentaua y entregaua por preso, y el dicho Alcayde dixo lo recibia por tal por la dicha causa y razon, consta por testimonio en el pleyto a fol. 84. Quo supposito, no puede estar obligado el Alcayde mas que a la causa criminal, vt post Paris. de Pute. in tract. de sindicat. verb. *Captura*, c. 80. officiales destinati, num. 4. in fin. quem sequitur Farin. de carcer. & carceratis, quæst. 31. nume. 94. ibi: *Bene verum est, quod in criminalibus aliquando executores capiunt aliquem, & dubitantes, an bene illum cœperint, necne donec iudici capturam denuntiat, illum tradunt custodi carcerum cum conditione, vt supra ne scribatur in libro, & postmodum vadunt ad iudicem ad illi denuntiandum capturam illius hominis, et si iudex noluerit illum retineri, statim relaxatur absque alio Bulletino, sin minus describitur eius nomen in libro aliorum carceratorum, & deinde non nisi cum dicto Bulletino relaxari potest.* Y assi no estando preso el dicho Iuan de Gerica mas que por la causa criminal, y no estando escrito en el libro, ni presentado por otra causa, no pudo ser conuenido el Alcayde por el alcance primero, porque por esse no le tenia preso.

12 ¶ Pero quando sin perjuyzio de la verdad estuuiera preso por el alcance y causa criminal, y regularmente el Alcayde està obligado a los daños e interesses, & sic ad solutionẽ debiti, pro quo quis carceratus: vt probare videtur text. in l. fin. in fin. ff. de custod. reor. dum dicit, ibi: *Quod si fugitiuum domino reddendum prodiderit si facultates habeat domino pretium reddepe iuuebit saturninus probat*; & per istum textum Angel. ibi num. 7. notandum aduertit esse casum, quod si quis est carceratus pro debito, & fugit pœna custodis est, vt satisfaciat creditori, sequuntur Paris. de Puteo in tract. de sindicat. verbo, *Carcer, & carceratus*, c. licet dicatur. 5. num. 2. in fin. vers. *Ideo si aufugiat*, Alciat. de presumpt. regul. 7. præsumpt. 15. nu. 5. Tallada de carcere, c. 15.

num. 3.

num.3.Farinac.dict.quæst.31.num.74.Menoch.de arbitrar.lib.2.casu 302.num.2.Bobadilla lib.3.polit.cap.15.num.125. y no solo està obligado a satisfacer y pagar la deuda, sino que por el mismo processo del preso si està sustanciado ha de ser conuenido tomãdole en el mismo estado que tenia; vt pulchrè resoluunt Boerius decis.217.num.25.Azeued. in l.12.tit.23.lib.4.num.4.Farinac.dict.quæst.31.n.124.Bobadilla vbi supra, num.125.in fin. y assi pretende la parte de don Manuel, que ha de pagarle, y satisfacerle esta deuda Iuan Garcia de Ribera y los demas.

13 ¶ Pero esta regla se limita, quando es cosa cierta y notoria, que el preso non est soluendo, como no lo era Iuan de Gerica, por ser como era notoriamente pobre, tanto, que comia de la limosna q se daua a los presos de la carcel, y escriuia a quarto hojas de processos que le dauan los escriuanos publicos: porque como el Alcayde no està obligado mas que al interes, y de hombre tan notoriamẽte pobre no se podia conseguir ninguno; de aqui es, que el Alcayde no està obligado a pagar cosa alguna: argumento text. in l.fin.ff.de custodia reorũ, tradit eleganter Paris.de Puteo de sindicatu in verbo, *Carcer, & carceratus*, cap.5.licet dicatur, num.4. vers.*Dico*, ibi: *Dico, quod si notorium erat debitorem non esse soluendo, propter quod debebat admitti ad cessionem bonorum, quod tenebitur ad interesse tantum: argumento l fin.ff.de custod.reor. vbi dicitur: Quod custos serui si aufugere permittat tenetur ad pretium serui, & melius in l.si eum in principio, ff.si quis cautionibus, in text. & glos. vbi dicitur: Quod datur actio ad interesse, si quis promittat sistere eum, qui erat tempore liberatus.* Farinac.dict.quæst.31.num.90.ibi: *Limita tertio eandem decimam quintam ampliationem non procedere in eo debitore, quem certum & notorium erat eum non esse soluendo, vtputa quia iam iudex ipsum in carcere admisserat ad cessionem bonorum, vel etiam si non admisserat impetrauerat à Principe supplicationem, vt ad illam admitteretur; tunc enim si talis debitor ex carcere aufugiat*

non tenetur custos ad solutionem debiti præcisse, sed solũ ad interesse, quod patitur creditor non habẽdo suum debitorem in carceribus.

14 ¶ Y no es de consideracion dezir, que Farinacio en el lugar alegado pone por exemplo aquel a quien el Iuez auia admitido a cesion de bienes, o auia impetrado suplica del Principe para ser admitido a ella; porq̃ el lugar se á de entẽder indistintamente en todo aquel deudor, q̃ notoriamente non erat soluendo; porque este aunque huya de la carcel, no està obligado el Alcayde, respeto de no padecer el acreedor ningun interes: y esto consta de la palabra, *vtputa*, la qual exẽplificatiue subiungitur, l. iuris gentium, §. quin imo, ff. de pactis, l. 2. §. interdictorum, & l. 2. §. interdicta, vbi notant Bart. & Alberic. & cæteri, ff. de interdictis, Farinac. cons. 95. num. 6. Barbos. de dictionibus, dict. 439. num. 15. porque la diccion, *vt*, es lo mismo que la diccion, *velut*, quæ etiam est exemplificatiua, l. 3. l. Labeo, §. 1. ff. de verborum signific. Corneus, cons. 254. sub num. 2. volum. 3. Ferrer. in constitut. Catal. glos. 7. numer. 100. & idem Barbos. dictio. 417. num. 1. Y asi siendo exemplificatiua esta diccion, no se ha de restringir a solo el caso de pedir el deudor cesion de bienes, sino a otro qualquiera por donde eonste, non esse soluendo, quia exempla non restringunt regulã, l. damni infecti stipulatio, ff. de damno infect. l. penult. §. vltim. ff. de iuris & facti ignorant. l. 1. §. quod vulgo, ff. de vi & vi armata, Surd. Paris. Gratian. & alij relati á Barbosa axiomat. 86. num. 2. & á Velasc. litera F. num. 104. eodẽ tractatu.

15 ¶ Menos es de consideracion dezir, que la excepcion propuesta, de que Iuan de Gerica estaua pobre, & non erat soluendo, es excepcion vencida, porque se opuso en el primero pleyto, y sin embargo del que se opuso, por sentencias de vista y reuista se mandò despachar mandamiento de execucion contra el Alcayde por los quatro quentos quarenta y siete mil y tantos marauedis; & de

exceptione reiecta amplius opponi non potest, c. luborta in fin. de re iudicata, l. quod in diem, §. fin. ff. de compensationibus, Barbos. in l. maritum 13. num. 48. ff. soluto matrim. D. Paz de tenuta, c. 32. num. 47.

16 ¶ Porque se responde, que es verdad, que la dicha excepcion, de que Iuan de Gerica non erat soluendo, se opuso en el primero pleyto, fue en pleyto executiuo, en que la sentencia pronunciada no daña, ni haze perjuyzio en la via ordinaria por ser juyzio sumario, glos. in l. 2. C. de ordine cognitionum, Bart. in l. 1. §. & parui refert, ff. quod vi aut clam, Parlador. lib. 2. rerum quotidian. cap. fin. 5. part. §. 12. num. 3. & 4. Petrus Surd. de alimen. tit. 1. quæst. 126. num. 3. & 4. Vincent. de Franch. decis. 289. Fachineus lib. 1. controuers. cap. 80. Barbos. in l. diuortio, §. fin. 2. part. num. 55. Gratian. tomo 3. cap. 445. num. 1. & 2. Tusch. tom. 7. litera S. conclus. 174. num. 17. & 36. & cum alijs Dom. Castill. c. 104. num. 34. & 35. tom. 5. y assi no puede dañar la cosa juzgada en este pleyto, q̃ es ordinario.

ARTICVLO II.

17 ¶. Pretende Iuã Garcia de Ribera y sus hijos, que caso que don Manuel tenga via executiua en virtud de la carta executoria por los quatro quẽtos quarenta y siete mil y tantos marauedis, ha de ser preferido en los bienes de Andres Garcia de Ribera, y no ha de auer contra el lugar la accion hipotecaria que ha intentado don Manuel, porque la donacion fue anterior al encargamiento del preso, porque se otorgó año de 592. y la prision de Iuã de Gerica fue año de 95. y el decernimiento de la tutela de los bienes de doña Maria de Quesada fue por Março de 595. y assi ha de ser preferido Iuan Garcia de Ribera, su muger, y hijos: ex text. expres. in l. 1. C. de iure fisci, lib. 10. ibi: *Si prius quam pater vester fisci rationibus obligaretur perfectam donationem præ-*

prædiorum fecisse fuerit probatum, quod citra fraudem creditorum gestum est non rescinditur; vbi post glos. notarunt Bart. Ioan. de Platea, & alij relati á Felician. de cens. c. 5. lib. 3. n. fin. & á Rodriguez de concursu creditorum, 2. p. art. 1. n. 20.

18 ¶ Pero a esta dificultad responde la parte contraria, que la obligacion que hizo el Alcayde es anterior, porque el susodicho entrò a vsar el oficio por Iunio del año passado de 586. y se obligó, y dio fiança de vsar el oficio bien y fielmente, desde el qual tiempo se ha de considerar la obligació, y ha de començar la hipoteca, y no desde el dia q̃ vsó mal del oficio, glos. elegans in l. pro officio, C. de administrat. tutor. l. cum oportet, §. fin. C. de bonis quæ liberis, l. 23. tit. 3. part. 5. ibi: *Desde el dia que començaron a vsar del oficio de la guarda, hasta que les dẽ cuẽta, y recaudo de las cosas que tuuieren dellos*: tradunt Petrus Surd. cons. 7. num. 18. lib. 1. Gutierr. de tutel. 2. p. cap. 16. num. 31. Mantic. de tacit. & ambig. lib. 11. tit. 36. num. 18. Gratian. cap. 935. nume. 5. tom. 5. discept.

19 ¶ Lo segundo pretende, que supuesto que la obligacion en que el Alcayde recibio lós presos, y entro a serlo fue el año de 86. aunque el encargamiento de Iuan de Gerica fue el año de 95 se ha de retrotraer al dia que entrò a ser Alcayde, porque aquella obligacion fue condicional, y assi se ha de retrotraer ad initium conuentionis, ex quo incepit hypotheca, l. qui Balneum 9. & l. potior, §. videamus, ff. qui potiores in pignor. tradunt Rodericus Suarez in l. post rem iudicatam in declaratione legis Regni, limitat. 7. num. 4. ad finem, Rebuff. tit. de constitutione reddituum, artic. 1. glos. 8. num. 9. Negusant. de pign. 5. par. membr. 2. num. 10. Balduin. de pignor. cap. 11. Donel. in eodem tract. cap. 12. Conanus lib. 4. comment. cap. 17. numer. 3. Menoch. cons. 851. nume. 37. lib. 9. Rodriguez de concursu credit. 2. par. art. 1. num. 8. vers. *Tertio debet intelligi*. Gratian. c. 857. n. 10. tom. 5. porque a estas dificultades se responde.

Lo

20 ¶ Lo primero, que la obligacion, e hipoteca non incipit á tempore, quo quis cœpit administrare, sed a tempore damni illati, seu malæ administrationis, l. hac ædictali 6. §. his illud, C. de secundis nuptijs. tradit glos. in dict. l. pro officio, C. de administrat. tutor. Negusant. de pign. 2. p. membr. 4. num. 12. Ademas que quando la doctrina arriba propuesta fuera cierta, solo se auia de entender ad fauorem populi, Ecclesiæ, ciuitatis, & similium priuilegiaturum, non autem aliarum personarũ quarum negotia geruntur, vt eleganter contendit cũ multis Cardin. Tusch. concl. 207. litera A. num. 7. & concl. 118. lit. H. num. 71. Y la razõ desto es, quia hypotheca non inducitur nisi in casibus á iure expressis, ex glos. in l. priuilegia, ff. de priuileg. credit. Ripa in l. damus, num. 9. eodem tit. Surd. decis. 271. num. 10. y la glossa de la l. pro officio de qua supra habla solo en la obligacion del tutor, quæ incipit á die administrationis, & non male gestionis: y assi no se puede traer para este caso, en que milita diferente razon, y assi solo la hipoteca se ha de entender desde el dia que se encargò Andres Garcia de Ribera de Iuan de Gerica.

21 ¶ No obsta aora dezir, que la dicha obligacion fue condicional, y q̃ assi se ha de retrotraer al dia de la obligacion que hizo Andres Garcia de Ribera, que fue el año de 86. ex d. l. qui Balneum, porque la dicha dotrina procede todas las vezes q̃ los bienes al tiempo que se purifica la condicion, se halla en poder de la persona que se obligò, y era deudor, porque para que se retrotrayga la obligacion al tiempo del contrato, es necessario, quod extremum à quo sit habile, l. qui Balneũ, §. Titia prædium, ff. qui potiores, dõde en el caso de aquel texto vna cosa agena fuit pignori data prius Titio, secundo Caio, tertio debitor illam emit, & illam vẽdidit Sẽpronio, & de pretio satisfecit Titio primo creditori, deciditur ibi quod Caius, secundus creditor, non poterit talem rem auocare ab emptore, quia illa numquam fuit ei obligata, nam eadem

res

res fuit solum obligata secundo creditori sub conditione, videlicet, si desierit esse obligata primo creditori, vnde cum tempore existentis conditionis scilicet satisfactionis factæ primo creditori, per quam illi res desit esse obligata, non reperiatur ipsa res in bonis debitoris, quia antea fuit vendita á Sempronio, & sic deficiet extremum á quo in essẽtia non potest illa obligatio facta secundo creditori retrotrahi, & confirmari: idem probat text. in l. qui prior 13. §. à Titio, ff. eodem tit. tradunt Bart. in l. quoties in fin. ff. de nouat. ibi: *Vltimo nota istam legem, quod licet existens conditio trahatur retro ad tempus stipulationis contractæ, vt l. qui potior, & l. qui Balneum, ff. qui potiores, tamen hoc est verum si tempore existentis conditionis reperiretur extremum habile ad obligationem contrahẽdam, secus si reperiretur inhabile, vel ex parte rei, vel ex parte personæ.* Et Negusant. de pignoribus, 2. membr. 5. part. num. 41. *Et prædicta procedunt in extremo à quo nam si extremum á quo non reperitur habile in essentia tempore existentis conditionis ad obligationem contrahendam, vel ex parte rei, vel ex parte personæ, tunc conditio non trahitur, neque fingitur retro ad tempus contractus ex parte rei dicetur, si tempore existentis conditionis res debita esset perempta, ex parte autem personæ dicetur, quando ante purificatam conditionem, persona que promiserat sub cõditione esset mortua: tunc enim diceretur extremum, à quo non esse habile in essentia, & propterea conditio non posset retrotrahi, ita vult Bart. in l. quoties in fin. ff. de nouationibus, dicens esse perpetuo tenendum menti ad limitationem, l. qui Balneum, & l. potior, ff. qui potiores, & est pulchra & plena Apostila in l. sub conditione, ff. de solutionibus, & probatur optime per text. in l. qui Balneum, §. 1. & ibi declarat Bartol.* Et pulchrè Gratian. cap. 856. num. 3. & 4. & 5. tom. 5. discept. y al tiempo y quando se vino a purificar la condicion, por auer suelto a Andres Garcia de Ribera de la carcel al dicho Iuan de Gerica, los bienes estauan ya en poder de Iuã Garcia de Ribera en virtud de la donacion que su padre le auia hecho, y asi no se pudo retrotraer la cõ

dicion

dicion al tiempo que el susodicho començo a vsar el oficio, por ser en perjuyzio de tercero, a quiē los bienes estauan adquiridos en el medio tiempo.

22 ¶ Y la razon es concluyente, porque al tiempo y quando la condicion se purificò, res non erat in dominio debitoris, porque para que se retrotraxera, requiritur quod res sit in eodem statu, Bart. in l. si vxor, §. si quis planè vxorem, ff. de adulteris, Alberic. Bald. & alij communiter in l. aliena res, ff. de pignoratitia actione, Tiraquel. de retract. linag. §. 1. glos. 10. num. 69. & 88. Nata cons. 315. nu. 2. & cons. 504. num. 20. Ocasc. decis. 119. numer. 23. Beccius, cons. 66. num. 25. Surd. cons. 8. numer. 18. lib. 1. & decis. 245. nume. 8. & alij relati ab Stephan. Gratian. cap. 957. num. 18. ibi: *Nihilominus ratificatio est inefficax cum fuerit facta post tempus, & post ius alteri quæsitum, quo casu non retrotrahitur, tanquam nō sit amplius in eodem statu.*

23 ¶ Lo segundo, porque la regla de la l. qui Balneum, y de la l. potior, ff. qui potiores, habla en la condicion casual, en la qual la obligacion se retrotrae al tiempo del contrato, pero no en la condicion potestatiua, porque como en esta el cumplimiento depende de la voluntad del deudor, nō retrotrahitur cōditio, sed inspicitur tempus implementi conditionis, l. potior 11. §. si Colonus, ff. qui potior in pign. habeant. Bart. Ang. & Salicet. in l. 1. ff. eodem tit. l. penult. vbi omnes, ff. quæ res pigno. obligar. poss. Negus. de pignor. p. 5. memb. 2. num. 10. vers. *Sexto decimo amplia*, Beroius, cons. 46. nu. 15. & 16. lib. 1. Menoch. cons. 851. num. 37. vsque ad 43. lib. 9. Cardinal. Mantic. de tacit. & ambig. lib. 14. tit. 46. nume. 29. cum seqq. Gratian. d. cap. 856. num. 9. & 10. & subdit num. 11. ratio autem differētiæ inter istas conditiones inter alias, illa est, quia in casuali dicitur ius quæsitum, licet conditionaliter, vnde non mirum si adueniente conditione retrotrahatur, & primus sit præferendus secundo posteriori, quod non est in potestatiua, que dependet á voluntate debitoris, ita vt non dicatur initus ali-

quis

quis contractus, sed potius habitus tractatus de in eundo, ideo non trahitur retro, y esto se halla en este caso, porque en volũtad del Alcayde estuuo soltar al dicho Iuan de Gerica de la carcel, o no soltarlo; y auiendolo suelto, y purificado con esto la condicion de su obligacion, solo ha de obrar desde el dia que se purificó, sin que se retrotrayga al tiempo que se otorgò la dicha obligacion.

33 ¶ Menos es de consideracion dezir, que la donacion que hizo Andres Garcia de Ribera, caso que fuera anterior al encargamiento del preso, solo podia obrar en la mitad de los bienes, por auer sido gananciales constante el matrimonio; ad tradita per DD. in l.1.tit.9.lib.5.recopil. y que asi no pudo donar el dicho Andres Garcia mas que la mitad de los bienes en perjuyzio de la muger, l. filius familias, ff. de donationib. tradunt Molin. lib.2. de primog. cap.10.num.65. Garcia de expens. cap.13. num.19. & de coniugali aquæstu, num. 65. Matieç. in l.5.tit.9.lib.5.Recopil. glos.5. & plures alij relati ab Additionatoribus, Molin. d.nu.65. sin que importe, que la muger ratificasse despues la donació, quia quamuis ratihabitio retrotrahatur, & mãdato comparetur, cap. ratiabitionem.10. de reg. iuris, l.fin. C ad Macedonianum cum alijs adductis á Valasc. in axiomatibus iuris, litera R. numer.31. no procede en perjuyzio de tercero: quia ratiabitio non retrotrahitur in præiudicium tercij, l. si patré, §.fin. ff. quemadmodum seruit. amittant. tradunt Surd. decis.245.n.8. Gratian. tom.5.c.657.n.18. Valasc. vbi supra, n.34.

34 ¶ Porque se respõde. Lo primero, que no huuo bienes gananciales, porque huuo muy gran cantidad de deudas, las quales se auian de sacar primero; vt tradunt omnes in d.l.1.tit.9.lib.5. Demas de que la verdadera resolucion es, que el marido solo puede hazer donaciones en perjuyzio de la muger como sean moderadas, y para dotar la hija, o hijo comun, como fue la donacion que hizieron a Iuan Garcia de Ribera, y a doña Maria de Quesada,

da, para efeto de casarse, como conciliando las opiniones de los del Reyno: eleganter resoluit Molina d.lib.2.c.10.num.67.ibi: *Qua ratione media alia sententia in d.l. intellectu sequenda est, quod scilicet maritus ex bonis multiplicatis possit aliqua moderate, atque ex iusta causa donare, veluti filiam communem absque vxoris cõsensu dotare, quod ex l.53. Tauri, quæ hodie est l.8. tit. 9. lib.5. recop. decissum est, & ex eisdem filiæ communi alimenta præstare consanguineis amicis, & famulis modica atque consueta largiri, & alia similia facere, ex quibus fraus vel dispositio præsumi non possit. donationes autem excessiuas, atque eas quæ absque causa legitima, ac in patrimoni communis disipationem fiunt facere nõ valeant, qui est verus, ac proprius. d.l. ordinamenti intellectus.* Secuntur hanc concordiam Molin. Burg. de Paz, q.9 n.23. Garcia de expens. c.13.n.19. & de cõiugali acquæstu, nu.65. Gutierr. lib.2. pract. q.121. nu.4. vers. *Ego non dubito*, & alij relati ab Addit. Molin. d.n.67.

ARTICVLO III.

35 ¶ Cierta cosa es, que Iuan Garcia de Ribera y su muger son terceros posseedores de los bienes q̃ les donò Andres Garcia de Ribera, y asi para poderlos conuenir don Manuel por la acciõ hipotecaria, es necessario hazer escusiõ en los bienes del principal deudor. Authent. hoc si debitor, C. de pignor. l.14. tit.13. parti.5. ibi: *Deue demandar aquel q̃ ge la auia empeñado, e si lo auer non pudiere, nin cobrar de aquel que ge la empeñó, entonce puede demandar la cosa que le fue empeñada aquel que hallare que es tenedor de ella, e non ante.*: tradunt Negusant. de pign. 8.p. membr.1. num.11. vers. *Quarta conclusio.* Parlad. lib.2. rer. quot. c. fin. 4. par. §.7.n.12. Felician. de cens. lib. 3. c. 4. n.9. Coler. de processib. executiu. 2.p.c.3.n.433. Vincent. Carrot. in tract. de excut. c.1. per tot. Flores Diaz de Mena in additionib. ad Gam. decis.99. Carol. de Gras. in tract. de exceptionibus in præludio, nu.94. Cancer. 2.p. var. c.5. á n.145. Fontan. de pact.

pact.clauſ.4.gloſ.18.p.2.n.61. Rodriguez de execu tione,c.4.num.46. Y aſsimiſmo ſe ha de hazer la eſcuſion en los bienes de los fiadores, quia priuſquam perueniatur ad extraneos pignorum poſſeſſores debent excuti principales debitores, & eorũ fideiuſſores,d.Auth.hoc ſi debitor,C.de pignor. & hypothec.ibi: *Alio vero poſsidente inhibetur hypothecaria, donec perſonaliter actum ſit cũ reo, & interceſſore.* Auth.ſed hodie,C.de actionib. & obligat. Crauet. conſ.77.n.16.Roland.conſ.14.n.3.vol.2.y eſta eſcuſion no la ha hecho el dicho don Manuel cõtra los bienes de Iuan de Gerica, y del dicho Alcaide, y de ſus fiadores; antes tiene oy pleytos pendientes con tra ellos, y en particular contra los fiadores del dicho Iuã de Gerica de carcel ſegura, a los quales tiene puesta demanda de todo ſu alcance, por auerſe obligado a que guardaria la carceleria, donde no, pagarian por el eſta deuda. Y eſtando eſte pleyto pendiente contra gente tan rica y abonada, haſta que lo fenezca y acabe, no ſe puede dezir, que tiene hecha legitima eſcuſion: quia excuſio adeo eſt riguroſa, vt fiat vſque ad ſaculum, & peream Iaſ.in §.fin.n.6.Inſtit.de actionib.Ludouic.Gomec.in §. item ſeruiana,nu.37. Inſtit. de actionib. Vincent. Carrot.de excuſ.bonor.q.1.n.1.& alij relati ab Erin gio de fideiuſ.c.27.p.1.n.7. Mediante lo qual eſperamos, que ſe ha de confirmar la ſentencia de viſta. Salua in omnibus D.V.C.

D. Luis de Riaza